

REFLEXIONES Y EXPERIENCIAS EN EL ARBITRAJE EN SEGURO COMPLEMENTARIO DE TRABAJO DE RIESGO

Frank García Ascencios

1. Introducción.

Del arbitraje se ha escrito innumerables libros, artículos, comentarios, entre otros documentos, debido a la amplia experiencia nacional en este mecanismo alternativo -al Poder Judicial- de solución de conflictos. Es innegable su expansión en el país, tanto es así que el propio Estado apuesta por solucionar las controversias con sus proveedores mediante la vía arbitral.

En adición al auge y notoriedad que experimenta el arbitraje en materia de contratación Estatal, que es el tipo de arbitraje con mayor especialización en el medio, en el país también existe una diversidad de figuras jurídicas de escasa difusión, donde se emplea este mecanismo alternativo de solución de conflictos, como es el caso del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR).

Si bien el SCTR es un seguro que se legisla desde el año 1997 mediante la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, que reemplaza al Decreto Ley N° 18846, transcurrido más de veinte (20) años de su vigencia a la fecha no se cuenta con uniformidad sobre su aplicación. Su disímil interpretación normativa genera un alto índice de conflictos entre aseguradoras y asegurados o beneficiarios, conforme se observa de

las cifras del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia Nacional de Salud (CECONAR). (Ver cuadro 1.1)

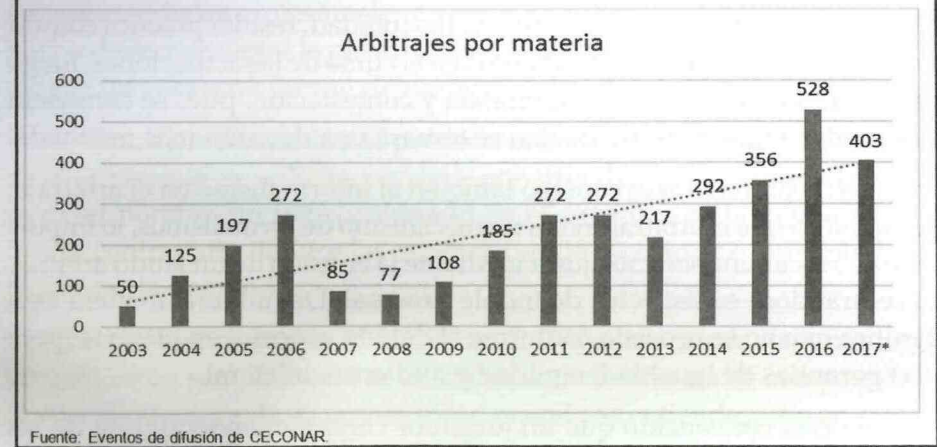
Esta diferente interpretación de las normas trasciende a las partes en conflicto, debido a que también será distinta la manera de resolver en caso quien decida sea un árbitro o un juez laboral o un juez constitucional, por lo que es común denominador que frente a un mismo caso se tenga diferentes decisiones.

Frente a esta problemática, este trabajo busca proporcionar, desde una visión práctica, mayor información sobre el arbitraje en SCTR mediante reflexiones y experiencias del autor. Este arbitraje especializado se ha desarrollado en el país en alrededor de veinte (20) años a través del CECONAR. Tiempo que refleja una especialización por parte de esta organización que ha administrado alrededor de 3,000 arbitrajes en materia en salud, incluido el SCTR, hasta el año 2018. (Ver cuadro 1.2)

Cuadro 1.1.
Estadística del arbitraje en materia de SCTR
(Hasta el 31.12.2017)



Cuadro 1.2.
Estadística global del arbitraje
(Hasta el 31.12.2017)



2. Arbitraje en Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo (SCTR).

2.1. Arbitraje, flexibilidad y no formalismos.

El arbitraje es un mecanismo alternativo -al Poder Judicial- de solución de conflictos. Es un medio alternativo a la vía ordinaria de justicia estatal. En la doctrina, se conceptualiza como un mecanismo *heterocompositivo*, debido a que es un tercero, denominado árbitro, quien resuelve las controversias de las partes mediante la emisión de un laudo arbitral de carácter inapelable.

En palabras del profesor Francisco González De Cossío: "al hablar de arbitraje se debe contemplar procedimientos que involucran los siguientes elementos: (1) la existencia de una controversia; (2) cuya solución vendrá de un tercero que es particular y no una autoridad; (3) cuya decisión es final (no sujeta a apelación); (4) vinculatoria (no sugestiva)"¹.

El arbitraje tiene una característica esencial que lo diferencia del proceso judicial, la *flexibilidad*. Ésta significa que las reglas del arbitraje pueden ser acordadas o modificadas por las partes, pues son ellas las

1 GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco. *Arbitraje*. Editorial Porrúa. Primera edición. México. 2011. p. 17.

dueñas de su arbitraje. Así las cosas, no es extraño que las partes acuerden mayores plazos en el arbitraje, incluso pueden reducir o incrementar el número de audiencias.

De igual modo, producto de esta flexibilidad, resulta práctica común el ofrecimiento de medios probatorios en el curso de las actuaciones, luego de presentado los escritos de demanda y contestación, pues se considera que mientras más pruebas existan se tomará una decisión más razonada.

La flexibilidad trae consigo también al informalismo en el arbitraje, que significa que el arbitraje no es un mecanismo de formalismos, lo importante es buscar una solución justa mediante la emisión de un laudo arbitral, no centrándose en aspectos de índole procesal. De ninguna manera esto significa que no se proceda conforme al debido proceso, en pleno respeto a las garantías de igualdad, equidad y audiencia bilateral.

Se está convencido que un juzgador conoce cuando alguna de las partes se ampara en una defensa procesalista para buscar prolongar innecesariamente las actuaciones. En el arbitraje lo que se debe respetar es el debido proceso, pero ello no significa prolongar incidencias de naturaleza procesal que al ser analizadas no tienen ningún efecto sobre la validez del arbitraje.

La flexibilidad y el no formalismo son de trascendental relevancia en el arbitraje en SCTR, debido a que generalmente en este tipo de arbitrajes el objeto del mismo es determinar si al asegurado o beneficiario (trabajador de actividades de alto riesgo) le corresponde alguna prestación económica (pensión, indemnización o gastos de sepelio) o de salud por padecer de alguna enfermedad profesional o accidente de trabajo.

Para determinar si corresponde alguna prestación en el marco del SCTR, generalmente, primero debe determinarse si el asegurado o beneficiario padece de las enfermedades profesionales alegadas o si ha sufrido un accidente de trabajo; y, segundo, establecerse cuál es el grado de menoscabo por la enfermedad o accidente, es decir, el porcentaje (%) que determina la condición de invalidez del trabajador.

Conforme se expresa el objeto del arbitraje es claro y preciso, y ambas partes, tanto aseguradora y asegurado o beneficiario, deben coadyuvar a la resolución del caso buscando su pronta solución, para que la aseguradora pague, o no, lo que corresponda, conforme a la normatividad del SCTR.

A pesar de este enfoque no formalista con que debe gozar el arbitraje, no es extraño que en casos a pesar de leerse de la demanda arbitral que se pretende una pensión y devengados (pensiones dejadas de percibir) por las enfermedades profesionales de neumoconiosis e hipoacusia, por el solo hecho de no consignar la palabra devengados en el *petitorio*, la contraparte alegue que estos no fueron demandados.

Otro ejemplo clásico se produce cuando de la narración de hechos se observa que se solicita pensión por una determinada enfermedad, pero su nombre no fue consignado en el *petitorio* de la demanda, a lo que la contraparte deduce las excepciones de oscuridad o ambigüedad al presentar la demanda.

Resulta curioso que se deduzcan ambas excepciones conjuntamente cuando éstas son distintas, la de oscuridad cuando no se comprende lo que se demanda; y, la de ambigüedad cuando se entiende, pero en más de un sentido. Y a ello se agrega que a pesar de no comprender la demanda se deducen otras excepciones.

Estas defensas procesales sirven para desvirtuar la verdadera finalidad del arbitraje en SCTR, que es determinar si corresponde o no que se brinde las prestaciones económicas o de salud al asegurado o beneficiario; es decir, si de acuerdo a la póliza y a los requisitos de ley corresponde o no este beneficio.

El legislador parece comprender el objeto de los conflictos en SCTR, debido a que en el artículo 18.2^o de las normas técnicas del SCTR, aprobado por Decreto Supremo N° 003-98-SA, regula que la aseguradora pagará "*las pensiones que correspondan al grado de incapacidad para el trabajo conforme al presente Decreto Supremo*". En otras palabras, la norma indica que se pagará las pensiones que correspondan al asegurado o beneficiario.

Estos ejemplos se presentan, en no pocas ocasiones, en los arbitrajes de SCTR, y sirven para reflexionar sobre la importancia de comprender e interiorizar la figura del arbitraje en la solución de conflictos.

2 **Artículo 18.2° del Decreto Supremo N°003-98-SA.**

"LA ASEGURADORA" pagará al ASEGURADO que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedará en situación de invalidez, las pensiones que correspondan al grado de incapacidad para el trabajo conforme al presente Decreto Supremo, de acuerdo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Salud a propuesta de LA COMISION TECNICA MEDICA". (Énfasis del autor)

La bondad del no formalismo es fundamental, y un árbitro desde su designación debe tener en claro el objeto a resolver y hacerlo conforme a Derecho, sin caer en retrasos innecesarios, más aún cuando en frente está una persona probablemente enferma o que ha sufrido un accidente laboral.

2.2. *Convenio arbitral.*

El arbitraje tiene su partida de nacimiento en el convenio arbitral, que es el acuerdo de las partes para resolver sus conflictos a través de la vía arbitral, y no en la vía judicial. En esencia el arbitraje es un mecanismo voluntario.

Genera un doble efecto: uno *positivo* y otro *negativo*. Provoca un efecto positivo, pues las controversias serán resueltas en un arbitraje, donde las partes deberán cumplir con el laudo. Asimismo, genera un efecto negativo, ya que otros órganos están impedidos de solucionar las controversias que mediante convenio arbitral se ha encargado de manera exclusiva a los árbitros.

El profesor Antonio María Lorca Navarrete expresa que el arbitraje es “un ámbito heterocompositivo de resolución de controversias que se justifica en la autonomía de la voluntad como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico reconocido en la Constitución”³.

La profesora española Silvia Barona⁴ expresa que:

“(…) el arbitraje encuentra su base en la libertad y en la autonomía de la voluntad, de modo que si los ciudadanos son titulares de verdaderos derechos subjetivos privados, de los que disponen, si la autonomía de la voluntad es el elemento integrante de las relaciones jurídicas entre aquellos -lo que les permite realizar, modificar o extinguirlas-, y si ese reconocimiento de la libertad y de la autonomía de la voluntad jurídicas se halla en la Constitución, no existe óbice alguno que impida a los titulares de esos derechos optar por resolver sus diferencias por medios distintos de la jurisdicción, entendida ésta como potestad de la que el Estado y sus órganos judiciales tienen el monopolio”. (Énfasis del autor)

3 LORCA NAVARRETE, Antonio María. *Comentarios a la Nueva Ley de Arbitraje 60/2003 de 23 de diciembre*. 5 Reimpresión. Instituto Vasco de Derecho Procesal. San Sebastián. 2004. p. 1

4 GARCÍA ASCENCIOS, Frank (Director). *Derecho Arbitral*. Editorial Adrus. Lima. 2013. pp. 45-46.

El arbitraje representa la libertad de las partes para decidir o acordar a través de que procedimiento resolverán sus controversias. Este es un reconocimiento constitucional obligatorio, que reconoce a las personas el derecho a decidir si acudir al Poder Judicial u optar por otro medio alternativo para solucionar sus problemas, en el marco del artículo 2º, inciso 24, literal a) de la Constitución⁵.

El convenio arbitral debe versar sobre materias de libre disposición⁶, conforme lo regula el artículo 2º del Decreto Legislativo N° 1071, Ley de Arbitraje. Por consiguiente, “ahí el detalle” ¿Es el SCTR una materia de libre disposición?

Esta fue una interrogante que se ha presentado en innumerables oportunidades a diversos jueces. Resulta que en reiteradas ocasiones los trabajadores iniciaron procesos judiciales en el marco del SCTR, pero las aseguradoras dedujeron la excepción de convenio arbitral amparadas en el artículo 9º⁷ del Decreto Supremo N° 003-98-SA, Normas Técnicas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo; alegando que el arbitraje en SCTR tiene su origen en un mandato legal.

Frente a esta problemática, mediante *sentencia N° 10063-2006-PA/TC* el Tribunal Constitucional (TC) fija una posición como precedente vinculante sobre el particular señalando que “la pretensión de otorgamiento de una pensión de invalidez forma parte del contenido constitucionalmente protegido por el derecho a la pensión, el cual tiene el carácter de indisponible”.

5 Artículo 2º, inciso 24, literal a) de la Constitución.

“a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”.

6 Artículo 2º, numeral 1 del Decreto Legislativo N° 1071.

“1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen”.

7 Artículo 9º del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

“La sola suscripción de un contrato de seguro complementario de trabajo de riesgo, bajo cualquiera de sus coberturas, implica el sometimiento de las partes contratantes, así como de los ASEGURADOS Y BENEFICIARIOS a las reglas de conciliación y arbitraje a que se refieren los Artículos 90 y 91 del Decreto Supremo N° 009-97-SA y la segunda disposición complementaria del Decreto Supremo N° 006-97-SA conforme al cual se resolverán en forma definitiva todas las controversias en la que se encuentren involucrados intereses de los ASEGURADOS, BENEFICIARIOS, INSTITUTO PERUANO DE SEGURIDAD SOCIAL, OFICINA DE NORMALIZACIÓN PREVISIONAL, ENTIDADES PRESTADORAS DE SALUD, ASEGURADORAS Y ENTIDADES EMPLEADORAS”.

Por consiguiente, define que al asegurado o beneficiario del seguro del SCTR "no se les puede imponer obligatoriamente el arbitraje, ya que, en principio, el sometimiento a esta jurisdicción alternativa tiene como fundamento el principio de autonomía de la voluntad, previsto en el artículo 2º, inciso 24, literal a de la Constitución". El TC expresa que el arbitraje nace de la voluntad de las partes, por lo que el artículo 9º de las Normas Técnicas es contrario a la Constitución.

La sentencia N° 10063-2006-PA/TC también cuestiona al sistema arbitral al señalarlo como un mecanismo oneroso en estos casos de SCTR, además de restringir el acceso al juez natural.

Si bien se puede estar de acuerdo, o no, con la sentencia del TC, este fue su pronunciamiento sobre el arbitraje en SCTR. Sin embargo, en la práctica ocasionó un problema de gran magnitud, debido a que el TC no midió los efectos que tendría esta sentencia sobre los más de 2, 000 arbitrajes administrados por CECONAR hasta ese año, donde en su mayor porcentaje benefició a los trabajadores que contaban con el pago de pensiones, dentro del marco del SCTR.

Asimismo, dejó prácticamente paralizado a CECONAR, quien administra mayoritariamente arbitrajes en SCTR, debido a que no podía continuar gestionando arbitrajes que el propio TC determina como inconstitucionales mediante precedentes vinculantes.

Sin lugar a dudas, es evidente que la función de CECONAR fue escasamente conocida por el TC, quien al momento de resolver presume que el arbitraje que administra CECONAR es igual a un arbitraje en materia comercial o en contrataciones públicas.

El TC no conoce que los arbitrajes en SCTR son prácticamente populares, donde el pago por concepto de honorarios arbitrales de un árbitro es usualmente de US\$ 100.00 (Cien con 00/100 dólares americanos), además de contar con el beneficio de gratuidad (hoy, auxilio económico) para el caso de usuarios de extrema pobreza. Asimismo, que CECONAR cuenta con una especialización en la materia de SCTR, como ninguna otra institución en el país.

Gracias a reuniones de trabajo que contaron con la participación del ex Director de CECONAR, Carlos Manuel Quimper Herrera, y del ex Secretario General, Eduardo Hurtado Arrieta, se demuestra a través de

información estadística las ventajas del arbitraje en SCTR, y se convence a los magistrados del TC de la posición que el arbitraje no es sobre el derecho a la pensión, sino sobre los efectos de la póliza de seguro de SCTR; el derecho no es arbitrable, pero sí los efectos de la póliza.

La misma lógica se aplica en materia de salud, que al ser un derecho fundamental no puede someterse a arbitraje, pero la indemnización por concepto de daños sí, es decir, los efectos económicos sí pueden ser objeto del arbitraje.

Es así que mediante *sentencia N° 02513-2007-PA/TC* se fija nuevo precedente vinculante sobre SCTR. Esta sentencia del TC sigue la línea de cuestionar el arbitraje obligatorio regulado en el artículo 9º de las Normas Técnicas precisando que la correcta interpretación para sustentar la constitucionalidad del arbitraje es el artículo 25º⁸, debido a que en esta norma se acoge su naturaleza voluntaria.

En otras palabras, el TC reconoce la constitucionalidad del arbitraje en SCTR, pero respetando el sometimiento voluntario por parte del trabajador (asegurado o beneficiario). Por consiguiente, debe dejarse plasmada la voluntad del trabajador de someterse a la vía arbitral.

Para asegurarse de ello, el TC fija como precedente vinculante que al momento de la instalación del tribunal arbitral unipersonal o colegiado se deje constancia que informaron lo siguiente:

"37. 1 (...) en el momento de la instalación del órgano arbitral el árbitro o árbitros deberán dejar constancia que informaron:

a. Las ventajas que brinda el arbitraje del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud.

8 **Artículos 25.5.4 y 25.5.5 del Decreto Supremo N° 003-98-SA.**

"25.5.4 En caso de existir discrepancias respecto de la condición de inválido del BENEFICIARIO, el expediente será elevado al Instituto Nacional de Rehabilitación para su pronunciamiento en instancia única administrativa. La parte que no se encuentre conforme con la decisión del Instituto Nacional de Rehabilitación, solicitará la intervención del Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud, cuya resolución tendrá el carácter de cosa juzgada".

"25.5.5 Si las discrepancias no versaran sobre la condición de invalidez del BENEFICIARIO, el asunto será directamente sometido al Centro de Conciliación y Arbitraje de la Superintendencia de Entidades Prestadoras de Salud".

- b. *Que para la resolución de su controversia se aplicará la jurisprudencia y los precedentes vinculantes establecidos por el Tribunal Constitucional.*
- c. *Que el asegurado o beneficiario, si lo prefiere, puede renunciar al arbitraje y preferir su juez natural, que es el Poder Judicial.*
- d. *Que contra el laudo arbitral cabe el recurso que prevé la Ley General de Arbitraje.*

El arbitraje voluntario será inconstitucional si es iniciado por la Aseguradora Privada o por la Oficina de Normalización Previsional y el asegurado o beneficiario no desea someterse a él". (Énfasis del autor).

Este es un mandato que debe cumplir CECONAR en su calidad de administrador de arbitrajes en SCTR, por lo que debe dejarse constancia en el acta de instalación que el árbitro informa sobre ello al asegurado o beneficiario, y éste debe firmar el acta en señal de conformidad.

En la práctica arbitral, al contar CECONAR con un nuevo reglamento arbitral, aprobado por Resolución de Superintendencia N° 162-2016-SUSALUD/S, en el que se regula que se llevará a cabo una audiencia única, sesión donde el tribunal arbitral se instala, invita a conciliar, fija puntos controvertidos, admite o rechaza los medios probatorios y ordena las pruebas que estime conveniente; ahora, se da cumplimiento de este precedente en la audiencia única, donde es obligatoria la asistencia del trabajador para que suscriba el acta en señal de conformidad.

Esta práctica en el arbitraje en SCTR lo diferencia de otro tipo de arbitrajes, donde incluso las partes pueden no asistir, pero las audiencias se llevarán a cabo siempre que haya una correcta notificación. En cambio, en este arbitraje especializado en SCTR, por mandato del TC, se considera como necesaria la participación del trabajador en la audiencia única.

La experiencia en este tipo de arbitrajes enseña a que existen casos donde se puede hacer excepciones, hay que recordar que se puede estar frente a un trabajador que ha sufrido un accidente de trabajo en el interior del país, y no puede movilizarse. En casos excepcionales CECONAR ha admitido realizar esta audiencia única sin la presencia del trabajador, pero otorgando un plazo para que presente un escrito donde ratifique su voluntad de someterse al arbitraje.

Al inicio esta práctica puede parecer una barrera que obstaculiza la tramitación del arbitraje, pero la experiencia enseña que es mejor cumplir con este mandato del TC con todos los formalismos posibles, y así evitar cualquier controversia sobre la validez del laudo arbitral por no cumplir sus precedentes.

Por más asombroso que parezca se han llegado a presentar casos donde el propio trabajador es el que inicia el arbitraje, acude a todas las audiencias, ejerce su derecho de defensa hasta el final, pero al no obtener un laudo arbitral favorable entonces acude a la vía judicial, para sustentar que el SCTR no es materia arbitrable, y resulta que finalmente logra anular el laudo arbitral.

En la actualidad, no debiera existir dudas sobre la validez del arbitraje en SCTR, el TC reconoce su constitucionalidad con las particularidades desarrolladas. Sin embargo, desde este espacio también es oportuno reflexionar sobre la fragilidad normativa en su regulación.

El arbitraje en SCTR se regula en una norma infralegal (inferior a la ley) contraviniendo el artículo 51° de la Constitución⁹ y el artículo 2° de Ley de Arbitraje¹⁰. La ley prevalece sobre norma de inferior jerarquía, por lo que la regulación arbitral debió haberse legislado en una ley o norma con rango de ley, y no solo en el Decreto Supremo N° 003-98-SA. De igual modo, la Ley de Arbitraje establece que el arbitraje solo puede establecerse por ley, por norma con rango de ley.

Si bien el TC se pronuncia sobre el arbitraje en SCTR solo realiza una interpretación en aras de protección del asegurado o beneficiario, y no dice nada en particular respecto a otros actores como las aseguradoras, o la Oficina de Normalización Previsional (ONP), Entidades Prestadoras de Salud (EPS), Seguro Social de Salud (ESSALUD) y las empleadoras de los trabajadores.

9 **Artículo 51° de la Constitución.**

"La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado".

10 **Artículo 2°, numeral 1 del Decreto Legislativo N° 1071.**

"1. Pueden someterse a arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho, así como aquellas que la ley o los tratados o acuerdos internacionales autoricen".

Las condiciones generales de los contratos de Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo- Pensión y Salud siguen la regulación del Decreto Supremo N° 003-98-SA, es decir, de una norma infralegal. Esto es peligroso y merece una inmediata modificación normativa.

Actualmente, el sistema del arbitraje en SCTR está en un piso muy frágil, porque el día que las aseguradoras empiecen a deducir excepciones que cuestionen la competencia arbitral, esto podría entorpecer los arbitrajes, y generar problemas para los trabajadores que voluntariamente deciden acudir a esta vía para obtener las prestaciones económicas o de salud en el marco del SCTR.

Frente a este panorama, se considera que las aseguradoras seguirán acudiendo a CECONAR, debido que hay un prestigio ganado respecto a que los laudos arbitrales se emiten en cumplimiento de la normatividad vigente del SCTR y los precedentes del TC, pero esto podría cambiar en algún momento.

Desde este espacio se propone que el arbitraje en SCTR se regule en una norma con rango de ley, como la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, en el que se plasme legalmente la figura del arbitraje potestativo, donde sea el trabajador quien decida si acude a la vía arbitral o judicial. Ello ocurre en la práctica, el trabajador decide finalmente a donde acudir, pero se necesita regularla en una ley, para evitar cualquier cuestionamiento a la competencia arbitral.

2.3. *Tribunal Arbitral (Árbitros).*

El tribunal arbitral es el órgano unipersonal o colegiado encargado de conocer y resolver los conflictos sometidos a su competencia mediante la emisión de un laudo arbitral de carácter definitivo. Los árbitros son profesionales que gozan de especialidad en la materia que resuelven.

CECONAR ha adoptado la posición que los árbitros adscritos a su nómina deberán ser abogados, debido a que administran exclusivamente arbitrajes de derecho.

El arbitraje en SCTR administrado por CECONAR tiene una particular problemática. No se busca generalizar la conducta de los árbitros, pero la experiencia enseña a que el verdadero motor de este arbitraje

especializado son los secretarios arbitrales, debido a que se observa poco interés de impulso procesal por parte de los árbitros.

Esta problemática se genera por los mínimos honorarios arbitrales regulados en CECONAR que generalmente ascienden a US\$ 100.00 (Cien con 00/100 Dólares Americanos) para un arbitraje que podría llegar a prolongarse un año, resulta irrisorio, y un árbitro destacado en el medio comprensiblemente otorga mayor prioridad a otros temas, por lo que se convierte a los secretarios arbitrales en el principal impulsor de este arbitraje especializado.

Esta es una particularidad que se presenta en arbitrajes de bajo costo, donde el secretario arbitral es verdaderamente quien tiene que estar detrás del caso y del árbitro. Es una falencia del sistema, pero que puede contar con un progreso en base a una mejor gestión en la designación en calidad de árbitros de profesionales jóvenes y competentes.

CECONAR cuenta con una numerosa nómina de árbitros, pero en la práctica menos de la mitad son los que aceptan arbitrajes en SCTR, lo que en realidad es un problema institucional que debe ser abordado. Desde este espacio se propone actualizar la nómina de árbitros, pues hay los que no aceptan casos, además de continuar en la nómina personas fallecidas. Es necesario una reestructuración de esta nómina.

Asimismo, es oportuno transparentar las designaciones y tener un real sistema aleatorio, que debe contar con variables como colaboración en eventos u otras actividades de CECONAR, la prolongación de los arbitrajes que ha administrado, entre otros, a fin que sean designados los profesionales que aportan a la institución y que gozan de un mejor récord arbitral.

En relación a los arbitrajes a bajo costo, debe incentivarse un compromiso por parte de los árbitros de por lo menos aceptar uno (1) o dos (2) arbitrajes en SCTR al año, para que pueda continuarse adscrito en la nómina de CECONAR.

Respecto a la composición del tribunal arbitral, en los arbitrajes en SCTR mayoritariamente se gestiona y resuelve por un árbitro único, de la data que se cuenta desde el año 2013 solo hubo uno (1) que fue resuelto por un tribunal arbitral colegiado, caso que tuvo particularidades al abordar la pensión de sobrevivencia en el marco del SCTR.

Incluso, cuando las partes no se ponen de acuerdo sobre si será un tribunal unipersonal o colegiado, el reglamento de arbitraje fija que es resuelto por uno unipersonal. Por ende, es práctica común la designación de un árbitro único para este tipo de arbitrajes especializados.

En más del 90% CECONAR es quien designa a los árbitros únicos para los arbitrajes en SCTR, en el 10% restante las propias partes se ponen de acuerdo en la designación del árbitro.

El número mínimo de designación conjunta del árbitro único se debe a la desconfianza por parte del asegurado o beneficiario hacia los abogados de las aseguradoras, por lo que prefieren que sea CECONAR quien lo designe.

En el caso del 10% donde la designación del árbitro es conjunta, ésta ocurre generalmente con los abogados o asesores de los asegurados o beneficiarios que tienen varios arbitrajes en trámite, debido a que terminan conociendo a los abogados de las aseguradoras, y llegan a acuerdos respecto a que árbitros designar, e incluso para su remoción.

El reglamento de CECONAR establece que los árbitros a designar deben estar inscritos a su nómina de árbitros, debido a que se busca que cuenten con la especialidad acreditada conforme a la institución arbitral.

En relación a esta especialidad, en la práctica se observa que no todos los árbitros de la nómina de CECONAR cuentan con la especialidad en salud, ni en SCTR. Esto se genera por lo técnico de esta materia, y por la escasa difusión del SCTR, que lo convierte en una materia de insuficiente conocimiento en el país.

A ello se suma que no todos los árbitros de la nómina de CECONAR han sido designados, aunque sea a uno de estos arbitrajes, lo que genera que la especialización sea reducida a un número menor de árbitros y a los secretarios arbitrales.

Producto de esta escasez de eventos de difusión en materia arbitral en SCTR, los secretarios arbitrales resultan ser los que mayor especialización sobre esta temática han alcanzado.

En la práctica arbitral ocurre que los árbitros solicitan información actualizada a CECONAR sobre los últimos pronunciamientos en materia de SCTR, tanto en instancias arbitrales como por el TC. Esta práctica ha

generado una uniformidad de los laudos arbitrales respecto a diversos temas vinculados al SCTR.

Cabe resaltar que el árbitro es finalmente quien emite el laudo, pero antes de hacerlo frecuentemente tiene pleno conocimiento del razonamiento efectuado en casos similares, y de las sentencias emitidas por el TC en materia de SCTR.

2.4. Actuaciones arbitrales.

Con el objeto de diferenciar al arbitraje del proceso judicial, los legisladores adoptaron la terminología "actuaciones arbitrales". En ese sentido, la Ley de Arbitraje acoge este término para referirse en esencia a la tramitación del arbitraje.

De acuerdo al artículo 33° de la Ley de Arbitraje¹¹, el arbitraje inicia con la recepción de la solicitud arbitral, salvo pacto en contrario. Desde ese momento el arbitraje es la vía donde se resuelve la controversia, así como cualquier contingencia sobre la competencia arbitral, no pudiendo intervenir otra autoridad sobre su desarrollo, conforme a sus principios rectores¹².

De acuerdo al reglamento arbitral de CECONAR, el inicio de las actuaciones arbitrales ocurre con la presentación de la demanda arbitral, por lo que el arbitraje en SCTR inicia desde ese momento. Luego,

11 **Artículo 33° del Decreto Legislativo N° 1071.**

"Salvo acuerdo distinto de las partes, las actuaciones arbitrales respecto de una determinada controversia se iniciarán en la fecha de recepción de la solicitud para someter una controversia a arbitraje".

12 **Artículo 3° del Decreto Legislativo N° 1071.**

"1. En los asuntos que se rijan por este Decreto Legislativo no intervendrá la autoridad judicial, salvo en los casos en que esta norma así lo disponga.

2. El tribunal arbitral tiene plena independencia y no está sometido a orden, disposición o autoridad que menoscabe sus atribuciones.

3. El tribunal arbitral tiene plenas atribuciones para iniciar y continuar con el trámite de las actuaciones arbitrales, decidir acerca de su propia competencia y dictar el laudo.

4. Ninguna actuación ni mandato fuera de las actuaciones arbitrales podrá dejar sin efecto las decisiones del tribunal arbitral, a excepción del control judicial posterior mediante el recurso de anulación del laudo contemplado en este Decreto Legislativo. Cualquier intervención judicial distinta, dirigida a ejercer un control de las funciones de los árbitros o a interferir en las actuaciones arbitrales antes del laudo, está sujeta a responsabilidad".

la secretaria arbitral corre traslado de la demanda por quince (15) días útiles a la contraparte, quién podrá contestar, reconvenir y deducir las excepciones que estime conveniente. Incluso, podrá presentar las cuestiones probatorias que considere dentro de los cinco (5) días siguientes de notificadas las pruebas.

En toda esta etapa postulatoria no interviene el árbitro. Luego es designado y alcanza su aceptación, conforme al reglamento arbitral de CECONAR.

El arbitraje en SCTR administrado por CECONAR tiene una particularidad, que al ser designado el árbitro de forma posterior se limita la posibilidad de ampliar o reducir los plazos en la etapa postulatoria, debido a que esta solicitud de ampliación de alguna de las partes es resuelta de forma posterior por el árbitro, y lo más probable es que sea rechazada, porque ambas partes debieron contar con el mismo plazo, pues sino se vulnera el debido proceso al tratarse de forma desigual a las partes.

Este manejo del arbitraje causó una desazón en algunas aseguradoras, debido a que fue una práctica común pedir ampliaciones de plazo para presentar la demanda y contestación, lo que generaba dilaciones innecesarias. El motivo para presentar estas ampliaciones fue que los abogados de las aseguradoras solicitaban el expediente administrativo del asegurado o beneficiario, y las aseguradoras necesitaban encontrarlo y luego remitírselo a sus abogados para la elaboración del escrito de contestación.

Ahora, con la nueva regulación arbitral no es recomendable solicitar plazos adicionales para la presentación de demandas, contestación de demanda, reconvencción, excepciones y cuestiones probatorias. Salvo acuerdo expreso de ambas partes.

En relación a la actividad probatoria, en la práctica del arbitraje en SCTR es común que los abogados de los trabajadores no cumplan con ofrecer pruebas suficientes para amparar sus pretensiones. A pesar que el propio TC establece como precedente vinculante que el demandante debe probar el nexo de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeña¹³.

13 Sentencia N° 02513-2007-PA/TC

2.8. § El nexo o relación de causalidad para acreditar una enfermedad profesional.

En otras palabras, en el arbitraje no solo se debe probar que existe la enfermedad o el accidente, sino que es de origen profesional, por lo que el trabajador debe acreditar el nexo de causalidad.

Resulta relevante que el trabajador alcance pruebas documentales como certificado o constancia de trabajo y el perfil ocupacional, donde se detalle las actividades que realiza. Así, como fotos sobre su trabajo, e incluso videos. También, puede ofrecer pruebas no documentales como la declaración de parte destinada a indicar sus actividades en la empresa, así como narrar los hechos sobre cómo se produjo el accidente de trabajo.

Hay que probar el nexo de causalidad en estos casos. Sin embargo, es alta la incidencia de omisión probatoria, que lleva a generar convicción al árbitro que no se está frente a una enfermedad profesional o ante un accidente de trabajo.

25. En cuanto a la exigencia de que exista un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad profesional y las labores desempeñadas para acceder a la pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o su sustitutoria, la pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790, nos remitimos a las consideraciones expuestas en los fundamentos 81 y 113 a 114 de la STC 10063-2006-PA/TC.

26. En el caso de las enfermedades profesionales originadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos, ha de precisarse su ámbito de aplicación y reiterarse como precedente vinculante que: en el caso de la neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, el nexo o relación de causalidad en el caso de los trabajadores mineros que se laboran en minas subterráneas o de tajo abierto, se presume siempre y cuando el demandante haya desempeñado las actividades de trabajo de riesgo señaladas en el anexo 5 del Decreto Supremo N.º 009-97-SA, ya que son enfermedades irreversibles y degenerativas causadas por la exposición a polvos minerales esclerógenos.

27. En el caso de la hipoacusia, al ser una enfermedad que puede ser de origen común o de origen profesional, ha de reiterarse como precedente vinculante que: para determinar si la hipoacusia es una enfermedad de origen ocupacional es necesario acreditar la relación de causalidad entre las condiciones de trabajo y la enfermedad, para lo cual se tendrán en cuenta las funciones que desempeñaba el demandante en su puesto de trabajo, el tiempo transcurrido entre la fecha de cese y la fecha de determinación de la enfermedad, además de las condiciones inherentes al propio lugar de trabajo, es decir, que la relación de causalidad en esta enfermedad no se presume sino que se tiene que probar, dado que la hipoacusia se produce por la exposición repetida y prolongada al ruido. Por tanto, los medios probatorios que el demandante tiene que aportar al proceso de amparo para acreditar que la hipoacusia que padece es una enfermedad profesional, esto es, para probar que existe un nexo o relación de causalidad entre la enfermedad y el trabajo que desempeñaba, constituyen requisitos de procedencia".

En la práctica al no presentarse pruebas, los árbitros solicitan esta documentación a las empleadoras, que a veces no cumplen con informar, a pesar del apercibimiento de comunicar su omisión al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MINTRA).

Sobre el particular, es necesario reflexionar un tema de escaso desarrollo y que resulta curioso. Los contratos de SCTR- Pensión y SCTR- Salud son celebrados entre el empleador del trabajador y las aseguradoras u ONP y ESSALUD o EPS, respectivamente. A pesar que son estas quienes celebran el contrato, el TC exige que quien pruebe el nexo de causalidad sea un tercero ajeno al contrato como es el trabajador, quien no emite ni tiene esta documentación al ser un tercero a la celebración del contrato.

Otro tema que genera discusión en el arbitraje son las tachas contra los informes médicos emitidos por los peritos designados de oficio por los árbitros. En un arbitraje tanto el trabajador como la aseguradora alcanzan informes médicos contradictorios, por lo que en el 90% de los casos los árbitros designan de oficio a un perito médico.

El problema radica que al emitirse el informe por parte del perito designado obviamente éste es beneficioso a una parte y no a la otra; generándose que se cuestione el informe médico pericial.

El cuestionar el informe pericial es conforme al derecho de defensa, pero lo que no es acorde a esta garantía es contradecir el informe sin ningún fundamento técnico, es decir, solo porque no se está conforme con el resultado. Esta es una práctica que prolonga innecesariamente el arbitraje.

Ahora, respecto al cuestionamiento técnico no es extraño que en algunos casos los médicos tengan distinta posición, esto sucede poco en los casos de enfermedades profesionales, donde puede evaluarse el informe médico con la historia clínica para observar si hay una progresividad en la enfermedad y si tiene relación con las actividades desarrolladas. El problema radica en las evaluaciones y calificaciones de los accidentes de trabajo, donde dependiendo del órgano se efectúa una suma aritmética o combinada, lo que ocasiona un resultado completamente diferente, y producto de esta suma se define si el trabajador alcanza, o no, una pensión conforme al SCTR.

Igual problema técnico sucede en los casos de accidente de trabajo o enfermedad lumbo-sacra donde se discute si debe emplearse el Documento

Técnico de Evaluación y Calificación de la Invalidez por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales (Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA) o el Documento de Evaluación y Calificación de la Invalidez (MECGI) del Sistema Privado de Pensiones.

Otro tema que generó discusión en su momento fue las solicitudes de desistimiento formuladas por los asegurados o beneficiarios luego de alcanzadas las pericias médicas por parte de los peritos. Así pues, los trabajadores al observar que las pericias no los beneficiaban como estrategia de defensa empezaron a solicitar el desistimiento del arbitraje. Al formularse el desistimiento se cumple con poner en conocimiento de ello a la contraparte, quien -obviamente- se opone.

Resulta curioso esta estrategia legal que busca ampararse en la voluntariedad del arbitraje. Sobre el particular, por una posición mayoritaria los árbitros rechazan los desistimientos formulados si en el arbitraje obra los resultados de las pericias médicas ordenadas de oficio, pero en casos donde no se ha llevado a cabo estas pericias, entonces se declara fundado el desistimiento, conforme a la sentencia N° 02513-2007-PA/TC, que regula la voluntariedad del arbitraje para el asegurado o beneficiario.

Igual interpretación se produce cuando el trabajador o asegurado es el demandado y no desea seguir con el arbitraje, al tener tal condición no puede desistirse de una demanda que no inicia, pero puede manifestar su renuncia a la vía arbitral, conforme a la voluntariedad del arbitraje en el marco de la sentencia N° 02513-2007-PA/TC. En este caso también si obra los resultados de pericias médicas se deniega su solicitud, mientras que si no se ha llevado a cabo las pericias, entonces procede la solicitud.

2.5. *Laudo arbitral.*

El laudo arbitral es la decisión final del árbitro sobre el conflicto sometido a su competencia, que tiene los efectos de cosa juzgada. Es de carácter inapelable, no pudiendo discutirse nuevamente el fondo, bajo responsabilidad.

CECONAR establece en su reglamento arbitral que los árbitros tienen veinte (20) días hábiles para laudar, pudiendo prorrogarse este plazo por diez (10) días adicionales. En global se cuenta con treinta (30) días hábiles para que el árbitro cumpla con emitir el laudo arbitral, y la secretaría arbitral goza de cinco (5) días para poder notificarlo.

En la práctica se observa que en muchos casos los laudos arbitrales en materia de SCTR llegan a ser cortos y concisos, diferenciándose de los otros laudos emitidos en otras materias, esto se debe a que se está frente a un arbitraje a bajo costo.

Lejos de la cantidad de hojas que debe tener un laudo, lo importante en este pronunciamiento debe ser una adecuada motivación conforme a todas las pruebas ofrecidas, si ello se puede hacer en un número menor de hojas, enhorabuena.

El problema radica en que no es poco común los casos de insuficiente motivación en los laudos arbitrales en SCTR, lo cual no es responsabilidad de CECONAR, sino de los árbitros designados quienes tienen la obligación de motivar sus decisiones.

Al ser el objeto del arbitraje determinar si corresponde alguna prestación económica o de salud, a veces los árbitros se remiten a los informes periciales que contienen un grado de menoscabo, y señalan que conforme a la normatividad vigente corresponde un pago indemnizatorio o una pensión, sin hacer mayor análisis.

Una de las principales falencias al motivar es no valorar todos los exámenes médicos presentados por las partes; remitiéndose directamente al informe pericial ordenado de oficio por el árbitro. El juzgador debe valorar todos los exámenes y expresar por qué no le genera convicción los informes médicos de parte. Si bien es cierto en el 99% de los arbitrajes se prefiere la pericia de oficio, debe cumplirse con motivarse, ya que si no se está frente a un caso de motivación insuficiente.

Dentro de la valoración de los exámenes médicos existen algunos donde prioritariamente debe realizarse una motivación, que son los exámenes de: i) Comisión Médica del Ministerio de Salud; ii) Comisión Médica de ESSALUD; y, iii) Comisión Médica de las EPS (COMEPS). Cabe resaltar que el TC ha fijado que los exámenes médicos emitidos por estas tres comisiones son los únicos que acreditan la enfermedad profesional¹⁴.

14 **Sentencia N° 02513-2007-PA/TC.**

"14. Por lo tanto, el Tribunal Constitucional reitera como precedente vinculante que: en los procesos de amparo referidos al otorgamiento de una pensión vitalicia conforme al Decreto Ley N.º 18846 o pensión de invalidez conforme a la Ley N.º 26790 la enfermedad profesional únicamente podrá ser acreditada con un examen o dictamen médico emitido por una Comisión Médica Evaluadora de Incapacidades del Ministerio de Salud, de EsSalud o de una EPS.

Esta decisión del TC debe interpretarse exclusivamente para el proceso de amparo, instancia donde no hay etapa probatoria. En el arbitraje existe una actividad probatoria; no puede limitarse la libre valoración de las pruebas por parte de los árbitros. Es en ese sentido que debe motivarse en el laudo porque se descarta los exámenes de comisión médica y consideran otros para otorgar, o no, las prestaciones en el marco del SCTR.

Para bien del sistema arbitral en SCTR los usuarios que acuden a este arbitraje en su mayoría tienen pleno conocimiento que en este sistema no existe la prueba tasada, y será el árbitro quien luego de una valoración conjunta de los medios probatorios decida si corresponde alguna prestación económica o no.

Son por las pruebas de comisión que frente a un caso de SCTR los resultados varían si se somete a la vía arbitral o judicial, debido a que en el arbitraje mayoritariamente se ordena una pericia médica dirimente, mientras que en la vía judicial (en especial en el proceso constitucional de amparo) se prefiere el examen de comisión para otorgar algún beneficio económico del SCTR.

Frente a este escenario las aseguradoras empezaron a presentar resultados de la COMEPEPS, para contradecir los exámenes de comisión que ofrecen los trabajadores (comisiones que no cuentan con ningún registro ni reconociendo por parte del MINSAL y ESSALUD), pero el TC en sus últimos pronunciamientos está prefiriendo los exámenes de estas dos últimas comisiones para el otorgamiento de beneficios del SCTR.

De la experiencia en el sistema arbitral, cabe destacar el mejor manejo de la realización de pericias médicas en CECONAR, debido a que no es lo mismo evaluar y calificar una enfermedad o accidente común que uno de naturaleza laboral. Si bien CECONAR no cuenta con un registro público de peritos, sí tiene un listado de profesionales con los cuales trabaja más de quince (15) años, peritos médicos reconocidos en el mercado.

Este beneficio del sistema de peritos de CECONAR ha generado que en el último año los juzgados laborales requieran el listado de peritos

conforme lo señala el artículo 26.º del Decreto Ley N.º 19990. Debiéndose tener presente que si a partir de la verificación posterior se comprobara que el examen o dictamen médico de incapacidad o invalidez es falso o contiene datos inexactos, serán responsables de ello penal y administrativamente, el médico que emitió el certificado y cada uno de los integrantes de las Comisiones Médicas de las entidades referidas, y el propio solicitante".

para que también evalúen y califiquen las enfermedades profesionales y accidentes de trabajo en el fuero laboral.

Otro problema en la motivación de laudos arbitrales se genera cuando se presume el nexo de causalidad, y no se razona en el laudo sobre si la enfermedad es, o no, de origen profesional.

Es importante que los árbitros motiven si se prueba, o no, el nexo de causalidad para enfermedades profesionales como la hipoacusia, lumbalgia, y otras, salvo en los casos de neumoconiosis (silicosis), la antracosis y la asbestosis, donde se presume para los trabajadores mineros que laboran en minas subterráneas o de tajo abierto.

2.6. Regulación arbitral.

- Reglamento de arbitraje. (Resolución de Superintendencia N° 162-2016-SUSALUD/S)
- Código de ética. (Resolución de Superintendencia N° 142-2017-SUSALUD/S)
- Reglamento de aranceles y honorarios. (Resolución de Superintendencia N° 050-1999-SEPS)
- Ley de arbitraje. (Decreto Legislativo N° 1071)

3. Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

3.1. Evolución.

El SCTR forma parte de la evolución del aseguramiento de los riesgos en el trabajo. En una *primera etapa* del sistema, cuando ocurría algún accidente de origen laboral y se demandaba una indemnización por los daños, el trabajador debía probar en un largo proceso judicial la culpa del patrón. En otras palabras, se asimilaba, esta solicitud a cualquier tipo de daño, sin considerar su naturaleza laboral.

En caso no probarse la culpa del patrón, se tenía como resultado a trabajadores que en el quehacer de sus labores sufrían accidentes, pero que no eran indemnizados, debido a que no se probaba los elementos de la responsabilidad civil, además de presentarse que el accidente pudo ser por caso fortuito o fuerza mayor, o por la propia negligencia de la víctima.

Al final, el trabajador asumía los costos del accidente, a pesar de ser la parte más débil, todo un contrasentido económico.

En una *segunda etapa* debido a la Ley del Seguro de Accidentes del Trabajo aprobada en el año 1884 en Alemania, se cambia de mentalidad respecto a cómo regular este sistema. Así pues, debido a la indefensión en que quedaba el trabajador al tener que probar la culpa del patrón, se empezó a aplicar la responsabilidad objetiva, lo cual llevó a que el patrón respondiera por el solo hecho de generar el riesgo.

El patrón al generar el riesgo fue el que financiaba un seguro social a favor de los trabajadores que padecían de accidentes de naturaleza laboral. La lógica es que al ser él quien ponía en riesgo al trabajador debía aportar a un fondo, el cual cubría la indemnización en caso el trabajador tenga un accidente. En esa línea, en el año 1911 se regula la Ley de Accidentes de Trabajo en el Perú.

En una *tercera etapa* debido a los problemas que afronta este sistema se hizo reformas, como el que las empleadoras deban contratar un seguro mercantil, el mismo que responde en caso se produzca el siniestro. Lo cual provoca que el sistema contara con una aseguradora que respondiera económicamente en caso ocurra el accidente de trabajo.

Se amplía la protección de los trabajadores también a “las enfermedades de origen profesional”. Además, se inicia con el ingreso de los trabajadores independientes también a esta esfera de protección. Asimismo, se discute el ingreso a esta protección de los accidentes *in itinere*.

Finalmente, se considera como una *cuarta etapa*, las políticas de prevención para disminuir el riesgo de que ocurran accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

En el Perú la primera norma en que se legisla esta temática fue la Ley N° 1378, del 20 de enero de 1911. Como bien se desarrolla al momento de abordar las etapas de la evolución del aseguramiento de riesgo en el trabajo, ésta norma tuvo problemas, no se incorpora a las enfermedades profesionales. Es recién en 1935 que con la Ley N° 7975 se acoge a la neumoconiosis como enfermedad profesional.

Posteriormente, se emiten otras leyes, pero la norma que lograría la protección de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales será el Decreto Ley N° 18846, del 02 de junio de 1971, dispositivo que regula el

Seguro de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. Fue un cambio para el sistema normativo, ya que impuso el proteccionismo por parte del Estado a favor de los trabajadores.

El Decreto Ley N° 18846 regula la protección de los accidentes *in itinere*, es decir los accidentes que sufre el trabajador cuando está camino a su centro de trabajo.

Posteriormente, en los años noventa, debido al cambio de sistema económico, donde el Estado pasa a ser un observador, y no un intervencionista en la economía, mediante la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, se crea el SCTR.

Se ha buscado desarrollar estas etapas de la protección de los riesgos laborales para precisar que hoy en los casos de SCTR la responsabilidad es objetiva, no siendo relevante si la aseguradora o la empleadora actúa correctamente, sino basta con probarse la existencia de la enfermedad profesional o del accidente de trabajo para que el SCTR brinde la prestación correspondiente, salvo alguna exclusión pactada en las Normas Técnicas del SCTR.

En la práctica arbitral se presentan casos donde las aseguradoras ofrecen como medio de prueba el informe de los equipos de protección personal (EPP) de uso del trabajador y el informe la identificación de peligros, evaluación y control de riesgo (IPERC). Éstas deben interpretarse como las destinadas a cuestionar el nexo de causalidad entre la enfermedad y las labores realizadas por el trabajador. La sola existencia de los EPP e IPERC no significa que la aseguradora no tenga responsabilidad en el marco del SCTR. Debe realizarse una valoración conjunta de todos los medios probatorios.

3.2. *Noción.*

El SCTR es un seguro contratado por los empleadores con la EPS o ESSALUD (SCTR- Salud) y la aseguradora o ONP (SCTR- Pensión) en beneficio de los trabajadores que realizan actividades de alto riesgo, para que los coberturas con prestaciones de salud y económicas, en caso se origine un accidente de trabajo o una enfermedad profesional.

Si bien se regula como un seguro comercial, no debe obviarse que el SCTR surge de la necesidad de otorgar a los trabajadores prestaciones

económicas y de salud en caso ocurra un accidente de trabajo o padezca de alguna enfermedad profesional, por lo que este seguro se regula como consecuencia de garantizar la seguridad social. Su naturaleza es materia de debate.

Esta discusión sobre el SCTR de considerarlo como una materia comercial o de seguridad social en la práctica ha llevado a diversas interpretaciones por parte de los árbitros.

Uno de los casos más debatidos fue el de un trabajador que ingresa a laborar, y en su primer día sufre un accidente de trabajo que le ocasiona la muerte. Una vez suscitado el hecho recién su empleador lo declara como trabajador de la empresa.

En este arbitraje se reflexiona sobre dos formas de interpretación. El primero, al ser declarado como asegurado después del siniestro, entonces la aseguradora no debe brindar la cobertura. El segundo, quien no lo declara es el empleador, y la aseguradora en un primer momento admite como asegurado al trabajador, y luego lo excluye al observar esta conducta ilegal de la empleadora. Por ende, debe brindarse cobertura en el marco del SCTR al trabajador quien no puede ser perjudicado por la conducta de su empleador, con opción de repetición de la aseguradora contra la empleadora responsable. Este segundo razonamiento fue el que finalmente adopta el tribunal arbitral en unanimidad.

Otro caso relevante se presenta cuando al momento de laudarse se observa que el objeto del arbitraje fue determinar el pago de pensiones, pero no se pide los devengados (pensiones dejadas de percibir). Este arbitraje tuvo dos alternativas de solución. El primero, solo otorgar las pensiones que corresponda desde la emisión del laudo arbitral. El segundo, conceder las pensiones y los devengados respectivos.

Este caso es uno de los que con mayor frecuencia se presenta en CECONAR, debido a la falta de conocimiento para formular las pretensiones en la demanda arbitral. En un primer momento, fundamentado en que el árbitro no puede pronunciarse más allá de lo peticionado por las partes, los árbitros no otorgaban los devengados al no ser demandados, lo que generó que posteriormente se inicien nuevos arbitrajes solo para pedirlos. Sin embargo, ahora, es una práctica común conceder los devengados a los

trabajadores sustentados en el artículo 18.2¹⁵ de las Normas Técnicas del SCTR, que establece que debe darse las "pensiones que correspondan".

Asimismo, hubo una interpretación de los árbitros adoptando la noción de la seguridad social, por lo que hay una práctica común de realizar una interpretación integral del caso, bajo el amparo de una interpretación finalista del SCTR y la jurisprudencia de Tribunal Constitucional.

Estos ejemplos sobre como aplicar en algunos casos la cobertura del SCTR se producen por ser este tipo de seguro uno de especial característica, que cuenta con una naturaleza híbrida, debido a que es un seguro y debe seguir los principios del contrato de seguro, pero a la vez es parte de la seguridad social, y también corresponde interpretarlo dentro de este marco.

Esta interpretación no es única del sistema arbitral, ahora las salas comerciales del Poder Judicial han derivado todos los casos de anulación de laudos arbitrales a las salas laborales, al considerar que están dentro del marco laboral y de la seguridad social.

Existe una discusión por parte de las aseguradoras sobre la interpretación que se le está brindado al SCTR, por lo que son los más preocupados en que CECONAR cuente con árbitros no solo especializados en materia laboral, sino en otras materias como arbitraje, seguros, contratos, etc.

3.3. Contratos de SCTR.

La legislación obliga a celebrar dos contratos de SCTR, uno de salud y otro de pensión. El SCTR- Salud otorga cobertura de salud (tratamiento médico) en caso el trabajador sufra un accidente de trabajo o enfermedad profesional. El SCTR- Pensión otorga coberturas económicas, es decir concede pensiones de invalidez en caso el trabajador esté invalido conforme a los menoscabos que regula las Normas Técnicas del SCTR.

La empleadora está obligada por ley a contratar el SCTR a favor del trabajador, no siendo relevante si él tiene un contrato a plazo indeterminado,

15 Artículo 18.2° del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

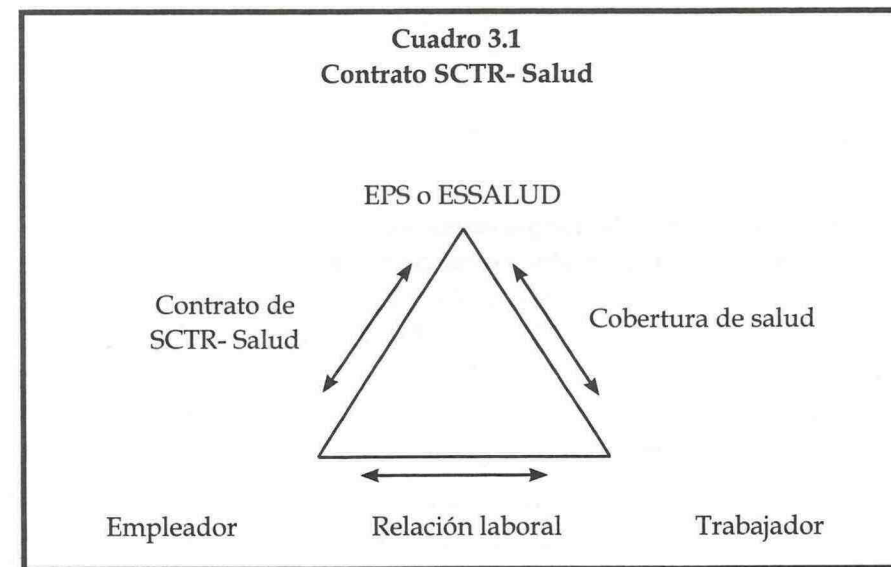
"LA ASEGURADORA" pagará al ASEGURADO que, como consecuencia de un accidente de trabajo o enfermedad profesional, quedará en situación de invalidez, las pensiones que correspondan al grado de incapacidad para el trabajo conforme al presente Decreto Supremo, de acuerdo a las normas técnicas dictadas por el Ministerio de Salud a propuesta de LA COMISION TECNICA MEDICA". (Énfasis del autor)

o determinado, o si está sujeto a una modalidad de trabajo, o si la empleadora lo destaca a trabajar a otra empresa. Cualquiera que sea su condición contractual, la empleadora tiene la obligación de celebrar estos contratos en beneficio del trabajador, caso contrario será responsable solidario por los daños producto del siniestro laboral.

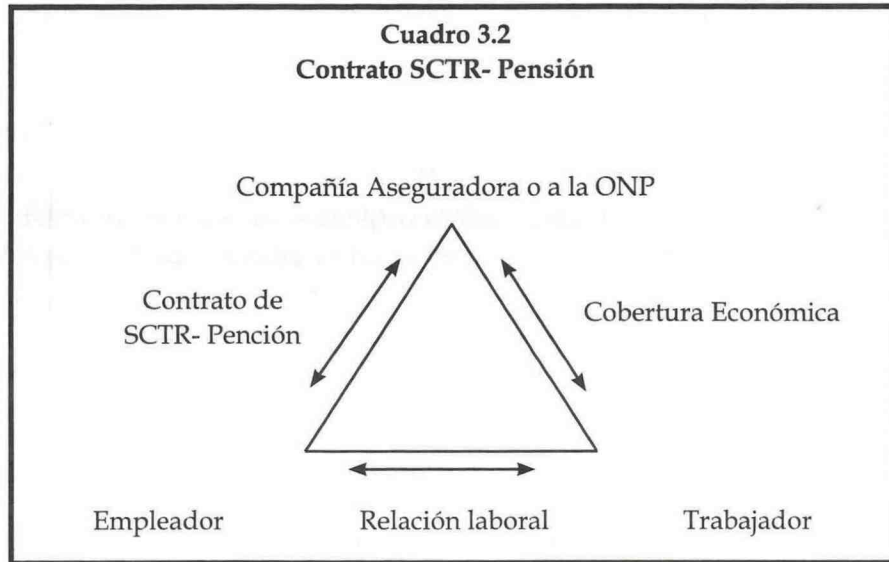
Esta obligación de la empleadora surge cuando el trabajador realiza actividades de alto riesgo, que constan en el anexo V de las Normas Técnicas del SCTR.

Por consiguiente, en la práctica se celebran dos (2) contratos de SCTR. El primero que es el SCTR- Salud la realiza el empleador con la EPS o con ESSALUD. El segundo es el SCTR- Pensión que se celebra entre el empleador y la aseguradora u ONP. Es relevante diferenciarlos, debido a que en cada contrato intervienen distintos sujetos.

Un promedio del 95% de los arbitrajes en SCTR radican en conflictos sobre el SCTR- Pensión, mientras que el 5% sobre el SCTR-Salud.



Cuadro 3.2
Contrato SCTR- Pensión



En la práctica arbitral se ha presentado casos donde el trabajador demanda a la aseguradora por la cobertura de salud y económica; o, reclama a la EPS por ambas coberturas. Ello ha generado que se deduzcan excepciones en el arbitraje por parte de los demandados señalando que su representada únicamente ha celebrado un contrato de SCTR, por lo que el trabajador debe demandar a la otra empresa para reclamarle las demás pretensiones que reclaman.

En otras palabras, la aseguradora o la ONP responderá solo por las prestaciones económicas del SCTR (al celebrar el SCTR- Pensión), mientras que la EPS o ESSALUD responderán por las prestaciones de salud (al celebrar el SCTR- Salud). El trabajador debe tener cuidado en iniciar el arbitraje y buscar ambas coberturas, debido a que primero debe individualizar con quien ha celebrado su empleador cada contrato de SCTR, para luego recién formular la demanda arbitral contra quien corresponda.

En los casos donde el empleador no celebre el contrato de SCTR- Pensión la ONP será quien responda supletoriamente al trabajador, mientras que cuando no se celebre el contrato de SCTR- Salud será ESSALUD quien brinde la cobertura supletoria, éstas tienen el derecho de repetir contra la empleadora.

La cobertura supletoria está regulada en el artículo 88^o16 del Reglamento de la Ley de Modernización, sustituido por el artículo 2^o de las Normas Técnicas. La norma regula dos requisitos para otorgar la cobertura supletoria: a) Solo se circunscribe a riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia; y, b) La entidad empleadora se encuentre previamente inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo.

Respecto a la cobertura supletoria regulada en el artículo 88^o, el TC mediante sentencia N° 10063-2006-AA amplía su cobertura a riesgos por invalidez temporal o invalidez parcial permanente, siempre que la empleadora se encuentre inscrita en el citado Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo.

Por consiguiente, a la luz de la interpretación constitucional la cobertura supletoria se brinda en todas las instancias de invalidez, sea temporal o permanente, sea parcial o total, e incluso para las pensiones de sobrevivencia.

16 **Artículo 88° del Decreto Supremo N° 009-97-SA.**

“Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo anterior o con la contratación del seguro complementario de trabajo de riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado o que contrate coberturas insuficientes será responsable frente al IPSS y la ONP por el costo de las prestaciones que dichas entidades otorgarán, en caso de siniestro al trabajador afectado; independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador y sus beneficiarios, por los daños y perjuicios irrogados.

La cobertura supletoria de la ONP a que se refiere el párrafo anterior sólo se circunscribe a los riesgos por invalidez total permanente y pensión de sobrevivencia, siempre y cuando la entidad empleadora se encuentre previamente inscrita en el Registro señalado en el Artículo 87 y dichas prestaciones se deriven de siniestros ocurridos dentro del período de cobertura supletoria de la ONP. En estos casos las prestaciones que se otorguen serán establecidas por la ONP teniendo como referencia el nivel máximo de pensión del Sistema Nacional de Pensiones. La responsabilidad de la Entidad Empleadora por los costos de las prestaciones cubiertas por la ONP es por el valor actualizado de las mismas.

Los Trabajadores a que se refieren los párrafos precedentes y sus beneficiarios, podrán accionar directamente contra la entidad empleadora por cualquier diferencial de beneficios o prestaciones no cubiertas en relación con los que otorga el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, que se derive de los incumplimientos a que se hace referencia en el presente artículo.

Asimismo, en caso que la Entidad Empleadora omitiera inscribirse en el Registro referido en el Artículo 87, los trabajadores y sus beneficiarios tendrán acción directa contra la Entidad Empleadora por el íntegro de las prestaciones correspondientes a las Coberturas de Invalidez, Sobrevivencia y Gastos de Sepelio del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.”

El problema radica en los casos donde la empleadora no esté inscrita en el Registro de Entidades Empleadoras que desarrollan actividades de alto riesgo. Conforme a la normatividad podrá demandarse a la empleadora, a fin de solicitarle las prestaciones correspondientes a invalidez, sobrevivencia y gastos de sepelio.

Sobre el particular, el artículo 111⁰¹⁷ del Reglamento de la Ley Marco de Aseguramiento Universal en Salud, Decreto Supremo N° 008-2010-SA, establece que en los casos donde la empleadora no cumpla con inscribirse en el registro, entonces será responsable frente a la IAFA por el costo de las prestaciones.

En la actualidad si un trabajador no ha sido asegurado por su empleadora, entonces la IAFA, es decir la ONP, en el caso de prestaciones económicas, debe responder por la pensión de sobrevivencia, por la pensión de invalidez o por los gastos del sepelio, sin necesidad de requerirse que la empleadora del trabajador se encuentre inscrita en ningún registro.

Con respecto al caso que el trabajador no esté asegurado y necesite de prestaciones de salud, pues ha sufrido un accidente de trabajo, o padezca de enfermedades profesionales, entonces ESSALUD (IAFA) será la obligada a brindar las atenciones médicas.

El trabajador que tiene derecho a ser protegido con el SCTR no puede asumir las consecuencias del actuar negligente de su empleador, quien a pesar a estar obligado a contratar el SCTR no lo hizo.

3.4. Prestaciones de salud y económicas.

El SCTR brinda protección de salud, la cual garantiza atenciones médicas para el trabajador que sufrió de un accidente de trabajo o padece de una enfermedad de origen ocupacional.

17 Artículo 111° del Decreto Supremo N° 008-2010-SA.

*"Sin perjuicio de las sanciones administrativas a que hubiere lugar, la Entidad Empleadora que no cumpla con inscribirse en el Registro referido en el artículo 109 del presente reglamento o con la contratación del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo para la totalidad de los trabajadores a que está obligado, **será responsable frente a la IAFA por el costo de las prestaciones que deberán otorgarse en caso de siniestro del trabajador afectado, independientemente de su responsabilidad civil frente al trabajador por los daños y perjuicios irrogados**" (Énfasis del autor).*

La asistencia médica se da en diversos niveles, como el asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional, rehabilitación e incluso aparatos de prótesis y ortopédicos.

En la práctica arbitral no hay muchos conflictos sobre el contrato de SCTR- Salud, debido a que la mayor cantidad de arbitrajes se centra en los conflictos derivados del SCTR- Pensión. No obstante, hay un conflicto que es reiterativo en el marco de las prestaciones de salud, que se produce por una deficiente normativa de las Normas Técnicas del SCTR. El conflicto versa sobre hasta cuando el trabajador tiene derecho a gozar de las atenciones de salud.

Si bien el artículo 13⁰¹⁸ de las normas técnicas del SCTR establece que el trabajador tiene derecho a la atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, incluida la rehabilitación y readaptación, más aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios; la norma también regula que se brinda la cobertura "hasta la recuperación total o la declaración de invalidez permanente total o parcial o fallecimiento".

En la práctica esta regulación ha sido interpretada por las aseguradoras respecto a que si al trabajador se le evalúa y califica con un grado de menoscabo como mínimo de "invalidez parcial permanente" (entre un grado de menoscabo de mínimo 20% y menor a 50%) entonces debe dejársele de brindar cobertura, conforme al citado artículo 13° de las normas técnicas del SCTR; debiendo ser ESSALUD desde ese momento quien brinde la atención médica. Por otro lado, los trabajadores

18 Artículo 13° del Decreto Supremo N° 003-98-SA.

"La cobertura de salud por trabajo de riesgo otorga, como mínimo, las siguientes prestaciones:

I) Asistencia y asesoramiento preventivo promocional en salud ocupacional a la ENTIDAD EMPLEADORA y a los ASEGURADOS;

II) Atención médica, farmacológica, hospitalaria y quirúrgica, cualquiera que fuere el nivel de complejidad; hasta la recuperación total del ASEGURADO o la declaración de una invalidez permanente total o parcial o fallecimiento. EL ASEGURADO conserve su derecho a ser atendido por el Seguro Social en Salud con posterioridad al alta o a la declaración de la invalidez permanente, de acuerdo con el Artículo 7 del Decreto Supremo N° 009-97-SA.

III) Rehabilitación y readaptación laboral al ASEGURADO inválido bajo este seguro;

IV) Aparatos de prótesis y ortopédicos necesarios al ASEGURADO inválido bajo este seguro.

Esta cobertura no comprende los subsidios económicos que son otorgados por cuenta del Seguro Social de Salud según lo previsto en los Artículos 15, 16 y 17 del Decreto Supremo N° 009-97-SA".

interpretan dicha norma como finalista y que debe brindárseles atención hasta su recuperación total.

En los casos que se presentaron los árbitros han emitido pronunciamientos disímiles, unos amparando la posición de la aseguradora, mientras que otros han considerado que al establecer el artículo 13° que la cobertura debe brindarse hasta la invalidez parcial permanente, ésta debe interpretarse como la invalidez parcial permanente igual o superior a 50% que otorga derecho a pensión al trabajador, por lo que solo en ese supuesto la aseguradora no debe brindar atención de salud porque el trabajador en su condición de pensionista podría atenderse en ESSALUD.

Por otro lado, las prestaciones económicas que se brindan son la pensión de sobrevivencia, pensión de invalidez y gastos de sepelio. El primero, se da a favor de los familiares en caso el trabajador fallezca. El segundo, es una prestación económica, y dependerá del grado de menoscabo que tenga el trabajador. Si tiene menos de 50% de menoscabo le corresponderá una indemnización, si tiene 50% o más tendrá derecho a una pensión vitalicia. El tercero, es el reembolso por los gastos del sepelio.

Los conflictos que más se presentan son los que buscan determinar el grado de menoscabo del trabajador, debido a la problemática de exámenes médicos que establezcan con certeza la condición de invalidez del trabajador.

Es claro que los trabajadores al iniciar el arbitraje buscan obtener una pensión vitalicia, mientras que las aseguradoras tratan de desvirtuarla, debido a que los exámenes internos realizados por sus auditores determinan que el trabajador no tendría derecho a una pensión, conforme a la normatividad del SCTR.

En la práctica comúnmente se demanda la prestación económica por más de una enfermedad profesional o por accidente de trabajo.

En el arbitraje se busca determinar el grado de menoscabo, y si son de origen profesional, una vez determinado ello y considerando que sí son de origen laboral corresponde realizar la sumatoria "combinada" de todos los menoscabos, es decir, se utiliza las tablas de valores combinados

para realizar dicha sumatoria. Luego de sumar estos menoscabos se añade los factores complementarios.

Los factores complementarios son condiciones de edad, educación y experiencia laboral, que se agrega al menoscabo determinado. En la práctica arbitral, en un inicio las aseguradoras empezaron a cuestionar su concesión. Sin embargo, es unánime la decisión de los árbitros al conceder los factores complementarios, conforme a la normatividad del SCTR¹⁹.

Cuadro 3.3
Pensión de Invalidez

A. Invalidez Permanente	Prestación:
a.1. Invalidez Parcial Permanente	↓
• Igual a superior al 20% y menor del 50%	→ Indemnización
• Igual o superior al 50% y menor 66.66	→ Pensión 50%
a.1. Invalidez total Permanente	
• Igual o superior al 66.66%	→ Pensión 70%
• Incapacitado para cualquier trabajo	→ Pensión 100%
B. Invalidez Temporal (total o parcial)	
• Iguales beneficios que en el caso de invalidez permanente pero otorgados temporalmente	

19 **Disposición final tercera del Decreto Supremo N° 003-98-SA. Invalidez**

"Estado de incapacidad total o parcial para el trabajo habitual ocasionada por accidente de trabajo o enfermedad profesional, teniendo en cuenta factores asociados a la disminución orgánica, funcional o mental tales como edad, educación y experiencia laboral".

Cuadro 3.4
Pensión de Sobrevivencia

A. 42%	→	Para <u>cónyuge o conviviente</u> .
B. 35%	→	Para <u>Cónyuge con hijos o conviviente con hijos</u> .
C. 14%	→	Para <u>hijo menor de 18 años y mayores de edad incapacitados</u>
D. 14%	→	Para <u>cada padre</u> . (Requisitos) (El monto máximo es de 100% de existir cónyuge o conviviente e hijos)

3.5. Procedimiento para acceder a una pensión en el marco del SCTR.

Las Normas Técnicas del SCTR regulan el procedimiento para acceder a los beneficios del SCTR, que inicia con la solicitud a la aseguradora quien es la primera en evaluar al trabajador para determinar su grado de menoscabo, luego en caso estar en desacuerdo con este resultado el trabajador puede acudir al Instituto Nacional de Rehabilitación (INR). Frente a este resultado al no estar de acuerdo alguna de las partes puede iniciarse un arbitraje o un proceso judicial, a decisión del trabajador.

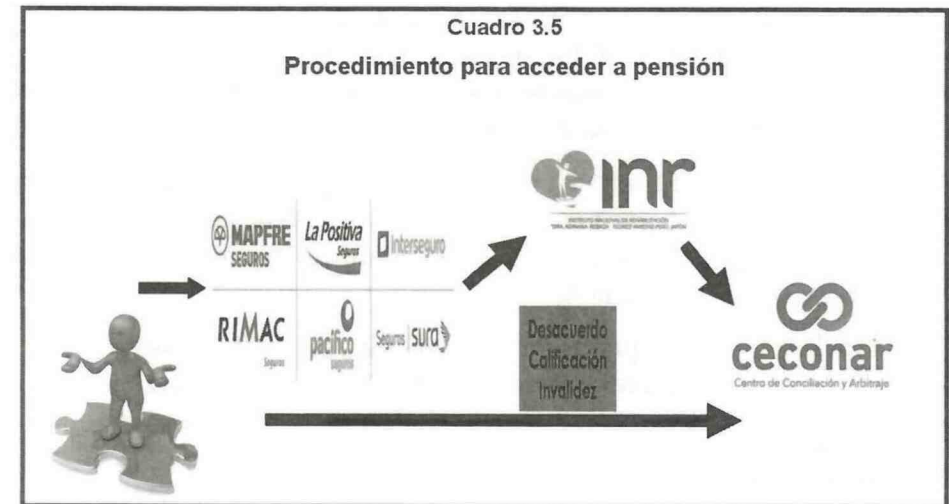
A pesar de estar regulado ello en las normas técnicas del SCTR, la práctica arbitral enseña que, debido al controvertido pronunciamiento del TC de considerar los exámenes de comisión médica del MINSA, ESSALUD o de la COMEPS como los únicos que acreditan la enfermedad, son innumerables los casos donde los trabajadores no siguen este procedimiento y con algún examen de comisión buscan el otorgamiento de una pensión en el marco del SCTR.

En el arbitraje se ha buscado enmendar este camino y por regla si un trabajador inicia el arbitraje sin iniciar el procedimiento contra la aseguradora el arbitro ordena que primero la aseguradora lo evalúe. Si el trabajador no estuviera de acuerdo con este resultado, se ordena a la aseguradora que eleve el expediente administrativo al INR. En caso presentarse demoras

por responsabilidad de la aseguradora, dentro de la potestad de prescindir de pruebas se desecha ésta y se ordena de oficio pericias médicas.

Esta practica arbitral ha generado predictibilidad, y es conforme a las normas técnicas del SCTR, al respetar las etapas de valoración por cada instancia, pero sin que ello represente una prolongación del arbitraje a causa de alguna de las partes, ya que sino se prescinde de esa prueba y se ordena alguna pericia médica de oficio y se valora la conducta procesal al momento de la emisión del laudo arbitral.

Cuadro 3.5
Procedimiento para acceder a pensión



3.6. Regulación del SCTR.

- Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. (Ley N° 26790)
- Reglamento de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. (Decreto Supremo N° 009-97-SA)
- Normas Técnicas del SCTR. (Decreto Supremo N° 003-98-SA)
- Reglamento de la Ley Marco del Aseguramiento Universal en Salud. (Decreto Supremo N° 008-10-SA)
- Documento Técnico Evaluación y Calificación de la Invalidez por Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales. (Resolución Ministerial N° 069-2011/MINSA)

- Norma Técnica de salud que establece el listado de enfermedades profesionales. (Resolución Ministerial N° 480-2008/MINSA)

4. Reflexión final.

Los comentarios brindados en este trabajo no buscan ser más que reflexiones y experiencias del arbitraje en SCTR administrado por CECONAR, que tienen por objeto marcar una visión práctica sobre cómo se desarrolla este arbitraje especializado, sumado a criterios adoptados por los árbitros en los últimos años.

Si bien la confidencialidad es un cimiento fundamental en la que se sustenta el arbitraje en SCTR, desde aquí se exhorta a la necesidad de un debate público sobre ciertos temas en controversia, donde incluso los árbitros han emitido interesantes pronunciamientos.

CECONAR debe ser el promotor de dirigir este debate público sobre temas del SCTR, por lo que debe iniciarse con la sistematización y organización de criterios sobre la base de los laudos expedidos, conforme lo faculta su propio reglamento arbitral²⁰.

Finalmente, no se quiere concluir estas líneas sin dejar de animar al legislador a realizar una reforma de la normatividad del SCTR. Si bien la interpretación es una función de los abogados, al estar frente a un seguro

20 Artículo 10° de la Resolución de Superintendencia N° 162-2016-SUSALUD/S.

“Durante el transcurso de las actuaciones arbitrales, las partes, el Tribunal Arbitral y el personal que labora en CECONAR, se encuentran obligados a mantener la confidencialidad sobre todos los asuntos e información relacionados con el arbitraje.

La obligación de mantener la confidencialidad se extiende a los peritos, testigos, y demás personas que intervengan durante y después de las actuaciones arbitrales, inclusive con posterioridad a la emisión del laudo.

Una vez expedido el laudo, la Secretaría de CECONAR se encuentra facultada para sistematizar y organizar criterios jurisprudenciales sobre la base de los laudos expedidos.

Salvo disposición distinta de cualquiera de las partes y luego de transcurrido un (1) año de emitido el laudo arbitral, la secretaria de CECONAR podrá disponer que se publiquen extractos o la integridad de los laudos para efectos académicos, salvaguardando la confidencialidad de los datos personales de las partes.

Asimismo, salvo disposición distinta de cualquiera de las partes y luego de transcurrido un (1) año de emitido el laudo arbitral, el expediente arbitral puede ser objeto de investigación académica y/o sustentación de grado para la obtención del título profesional. Para tal efecto se solicita el acceso al expediente al CECONAR obligándose a salvaguardar la confidencialidad de los datos personales de las partes”.

legal que cobertura enfermedades profesionales y accidentes de trabajo, sus normas no deberían prestarse a mayor complejidad en la interpretación; lo importante es cumplirlas, y no prolongar su ejecución.